

As Medidas Provisórias e o Poder Judiciário: o controle jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência¹

Paula Oliveira Maia e Eduardo Martins de Lima²

O princípio da separação de Poderes

O princípio da separação de poderes tem sido um dos princípios fundamentais da democracia moderna.

Estão consagradas no livro escrito por Montesquieu e publicado em 1748, *O espírito das leis*, a divisão e a distribuição clássicas dos poderes estatais. É em seu livro que o autor considera a exigência de se tripartir os poderes estatais em órgãos diferenciados. Montesquieu explicita a necessidade da separação de poderes no Capítulo V do Livro Décimo Primeiro de sua obra, vindo a fazer a distinção entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.³

Dessa forma, estava elaborada a idéia da separação de poderes preconizada por Montesquieu através de seu princípio, que se tornou alicerce dos Estados Democráticos de Direito, garantia das liberdades e direitos dos cidadãos e consagrado, praticamente, em todas as constituições modernas.

A teoria da tripartição de poderes foi que lançou bases para o desenvolvimento do princípio de “freios e contrapesos”, utilizada pelos fundadores da República norte-americana, em meados do século XVIII e foi nos Estados Unidos da América que ela adquiriu a sua feição constitucional contemporânea por seus fundadores, James Madison, Thomas Jefferson, George Washington, Alexander Hamilton e John Adams, denominados de Os federalistas. Assim, como Montesquieu, os federalistas sustentavam ser necessária a transferência do poder das mãos de apenas uma pessoa ou órgão para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Com o poder distribuído em três órgãos, a sociedade poderia viver em um Estado sem opressão e leis tirânicas, sendo

¹ O presente trabalho discute e analisa alguns dados e resultados obtidos a partir da pesquisa A jurisdição constitucional e as Medidas Provisórias (2004-2005) e da pesquisa O controle de relevância e urgência nas Medidas Provisórias através do Supremo Tribunal Federal da FUMEC (ProPIC/FUMEC), contando com financiamento da FUMEC, da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular (FUNADESP) e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG).

² Paula Oliveira Maia é advogada e mestranda em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC (BH), popomaia@ig.com.br; Eduardo Martins de Lima é mestre em Ciência Política e doutor em Sociologia

asseguradas a liberdade dos cidadãos e a garantia dos direitos individuais, pois a fiscalização do poder pelo poder resguardaria o próprio Estado dos efeitos maléficos de uma tirania.

Os federalistas eram defensores da Constituição dos Estados Unidos da América, na qual o princípio da separação de poderes e o princípio dos “freios e contrapesos” (*checks and balances*) está alicerçada, a fim de garantir os direitos individuais e a limitação ao uso do poder pelos próprios poderes estatais.

A feição dada à Constituição norte-americana pelos seus fundadores influenciou de forma significativa a elaboração das constituições brasileiras, a citar como exemplos as Constituições de 1891, 1934, 1946 e a atual Constituição de 1988, que têm em seu âmago a garantia dos direitos individuais e coletivos, a organização e a limitação dos poderes estatais.

Mesmo que um órgão exerça atribuição ordinariamente conferida a outro órgão, isso não implicaria violação ao princípio da separação de poderes, desde que autorizado e estabelecido dentro dos moldes constitucionais. Nesse sentido, o princípio da separação de poderes vem reafirmar que a atribuição das funções do Estado a órgãos distintos, interpenetrando uns nos outros, garante o equilíbrio mútuo dos mesmos à luz dos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

O princípio da separação de poderes assegura, ainda, a importância de um poder exercer o controle em relação a outro, porém, evitando qualquer tipo de atividade exorbitante.

Só é possível viver em um Estado realmente Democrático de Direito com a limitação do poder pelo poder, a fim de, ao se coibirem abusos, assegurar-se à liberdade dos indivíduos.

A atual Constituição brasileira de 1988 consagra o princípio da separação de poderes de Montesquieu em seu artigo 2º, ao estabelecer que: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A Carta de 1988, ao se referir aos poderes, diz serem independentes e harmônicos entre si, porém, não há que se falar em separação estática dos mesmos, e sim,

e Política pela UFMG e professor titular I da Universidade FUMEC, edumartins@fchfumecc.br.

³ De acordo com Montesquieu, “Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.” (1979, p. 143).

pressupor que a independência e a harmonia os levam a uma cooperação e colaboração recíprocas, tendo em vista a atuação em prol do bem comum e que podem existir interferências de um poder no outro⁴. Neste caso, admite-se, por exemplo, a participação do Executivo no processo legislativo através da apresentação de projetos de leis, da sanção ou veto, da edição de medidas provisórias; a participação do Legislativo propondo emendas ou rejeitando os projetos e os próprios vetos apresentados pelo Executivo; bem como, a declaração de inconstitucionalidade de lei por parte do Poder Judiciário.

O artigo 62 da Constituição da República de 1988: as Medidas Provisórias e os pressupostos de relevância e urgência.

O artigo 62 da Constituição ressalta que o Presidente da República somente poderá editar medidas provisórias, caso estejam presentes os pressupostos de **relevância e urgência**, entendidas como cláusulas abertas e gerais estabelecidas na mesma.

As cláusulas abertas, consagradas nos ordenamentos contemporâneos, facilitam o dinamismo da realidade social e, ao mesmo tempo, englobam as mais diversas situações e relações jurídicas. Quando as Constituições adotam cláusulas abertas é passível ao texto constitucional adaptar-se ao complexo fático que ele pretende normatizar.⁵

Vale ressaltar que a abertura das cláusulas constitucionais não dá ao agente a prerrogativa de interpretar os conceitos da forma que melhor lhe interessar e convier, pois se faz necessário delimitar o significado dessas expressões com o intuito de proteger a Constituição e preservá-la para que não seja violada.

O constituinte brasileiro não especificou as situações que seriam de relevância e urgência, logo, esses pressupostos se tornaram imprecisos abrangendo situações das mais diversas.⁶

No que diz respeito às medidas provisórias, não é tarefa fácil identificar contornos constitucionais às conformações dos requisitos da relevância e urgência, pois se

⁴ Nesse sentido, Anna Cândido Ferraz relata que “(...) haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá, também, número mínimo e um número máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de inexistindo limites, um poder se sobrepor ao outro poder, ao invés de, entre eles, se formar uma atuação de concerto.” (1994, p. 14).

⁵ Como afirma Canotilho “(...) os preceitos constitucionais são modos de ordenação de uma realidade presente, mas com dimensão prospectiva (isto é: dirigida ao futuro).” (1994, p.192).

⁶ Nesse sentido, Anna Cláudia Rodrigues diz que “(...) ao se verificar o seu significado no caso concreto, torna-se possível à interação entre norma e realidade sempre em transformação, levando-se em consideração outros aspectos que não intrinsecamente jurídicos.” (2000, p. 64).

deve observar não só o equilíbrio entre os poderes do Estado, mas também os parâmetros do Estado Democrático de Direito e levar em consideração os anseios da sociedade e a necessidade de dar uma resposta normativa às mudanças e transformações do contexto da vida contemporânea. A relevância para a sociedade já justificaria a adoção do ato normativo por parte do Poder Executivo contanto que não implique na satisfação de interesses particulares deste sob o risco de resultar em sérios comprometimentos da ordem pública.

Assim, as medidas provisórias devem atender os pressupostos de relevância e urgência⁷ e vincular unicamente à realização do interesse público, ou seja, da sociedade, porém deve ela sempre estar amparada constitucionalmente.

Além do pressuposto relevância, é necessário, também, que a situação que exige a adoção de medida provisória seja urgente. A conformação da urgência há de ser verificada no caso concreto, ou seja, diante de situações fáticas determinadas, pois, por ser cláusula aberta, não há como estabelecer um significado prefixado. Dessa forma, não basta a alegação genérica do Presidente da República e sim, faz-se necessário que este apresente a circunstância que embasou o exercício da atividade legislativa.⁸

É mister observar que o fato do Poder Executivo utilizar-se de sua atribuição atípica de legislar não coloca em risco o princípio da separação dos poderes. O que ameaça o referido princípio é quando o Chefe do Executivo, baseado no artigo 62 da Constituição Federal, utiliza-se de forma abusiva e exorbitante do instituto das medidas provisórias, não prestando observância aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Agindo assim, o Poder Executivo compromete a segurança jurídica que está prevista na Constituição, alicerçada nos parâmetros do Estado Democrático de Direito.

Ademais, em nosso ordenamento jurídico, diante a inafastável imperatividade do princípio do monopólio da jurisdição, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, inciso XXXV, CRFB/88), e

⁷ Cléve afirma que “ possui relevância aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível, fundamental ou indispensável. Para Cléve, a urgência alia questão de data (momento) à condição social nela constatada”. (1999, p. 68-71).

⁸ Nesse sentido Rodrigues observa que “Essa carga argumentativa do Presidente da República é ainda maior quando a medida provisória atinge ou restringe direitos fundamentais do cidadão-e não faltam medidas provisórias com esse conteúdo-, visto que a intervenção nos direitos fundamentais só se legitima com o respeito às regras fixadas constitucionalmente para o processo legislativo. O cidadão tem direito fundamental a que seja obedecido o trâmite legislativo para ter direito seu atingido.” (2000, p.79).

Autores como, por exemplo, Cléve (1999, p.73), sustentam a obrigatoriedade de motivação da presença dos pressupostos de relevância e urgência, que ensejam à adoção da medida provisória pelo Presidente da República.

também, do princípio da legalidade, pautado do artigo 37 *caput* da Constituição, rezando que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, (...)”, é inconteste a possibilidade de controle jurisdicional das medidas provisórias a fim de que essas não se tornem um óbice à consolidação do Estado Democrático de Direito.

Em um primeiro momento, a avaliação da existência ou não de relevância e urgência para efeito de editar medida provisória é do chefe do Poder Executivo, porém, isso de forma alguma, afasta o dever do Poder Judiciário de averiguar em cada caso, quando instado, se houve ou não a caracterização de tais requisitos, levando a crer, que seria uma antítese ao “princípio dos freios e contrapesos” afirmar o contrário.

Assim, o Poder Executivo, no exercício de sua função atípica e excepcional, é detentor de um juízo discricionário, em relação à análise dos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias, desde que decline os motivos que ensejaram a prática do ato, visando sempre o interesse público em um determinado momento.

Ressalte-se que após a edição da medida provisória pelo Presidente da República e, ainda que, submetida ao controle predominantemente político do Congresso Nacional, tal fato não obsta a apreciação do controle jurisdicional.

No que tange ao Poder Judiciário em relação às medidas provisórias, deverá zelar pelo cumprimento dos princípios constitucionais, consignado no uso indevido desse instituto, quando utilizado em excesso, e se pronunciar de forma a garantir a observância, no que diz respeito à flagrante inoccorrência de relevância e urgência, resguardando a segurança jurídica à sociedade civil, assegurando o princípio da separação dos poderes e o “princípio dos freios e contrapesos”, que são o alicerce da Constituição da República de 1988.

O instituto das Medidas Provisórias no Direito brasileiro pré e pós- Emenda Constitucional 32/2001: as regras do jogo.

Foi na Itália que se buscou a origem do decreto-lei instituído pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do artigo 55 da Carta outorgada em 1967 que, por sua vez, inspirou a criação das medidas provisórias estabelecidas na vigente Constituição.

Posteriormente ao decreto-lei, com a promulgação da Constituição de 1988, transcrito em seu artigo 62, surge a primeira versão do instituto das medidas provisórias. O

artigo 246, a complementar o artigo 62, proíbe, de forma clara, a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo constitucional cuja redação tenha sido modificada por emenda a partir de 1995.⁹ Esses dois artigos, contudo, restaram alterados pela Emenda Constitucional 32, de 11/09/2001. A Constituição de 1988 também trouxe em seu texto, no capítulo das atribuições do Presidente da República, a competência privativa deste para editar medidas provisórias em seu artigo 84, inciso XXVI.

Com o intuito de regular o processo legislativo, quanto ao instituto das medidas provisórias instituído na Constituição de 1988, o Congresso editou as resoluções de números 1 e 2 no ano de 1989, referentes a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias de que trata o artigo 62 da Constituição Federal, pois essas, após serem editadas pelo Presidente da República, devem ser apreciadas pelo Poder Legislativo, como expresso no artigo 49, inciso XI da CRFB/88.

É fato notório que os Chefes do Executivo vem se utilizando de forma abusiva do instituto das medidas provisórias. Segundo dados públicos, a produção legislativa entre 1989 e 1994 (sem considerar as leis orçamentárias e as leis de iniciativa exclusiva do Poder Judiciário), mostra que foram sancionadas 428 leis, 252 resultantes de projetos de iniciativa do Poder Executivo e 176 de iniciativa do Poder Legislativo, e que em contrapartida, foram editadas 788 medidas provisórias (sendo que dessas, 14 foram rejeitadas, 230 convertidas em lei e 544 reeditadas).¹⁰

Ademais, a simples confrontação entre o número de medidas provisórias e o número de medidas provisórias rejeitadas pelo Congresso Nacional, revela que esse instituto tem sido utilizado em larga escala, como instrumento legislativo do ordenamento jurídico nacional.¹¹

¹⁰ FIGUEIREDO, Argelina & LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2 ed. FGV: Rio de Janeiro, 2001, p. 50-51.

Além disso, Nascimento observa que "Do início do primeiro Governo do Presidente FHC até julho de 2002 (excluindo as leis orçamentárias ou de iniciativa exclusiva do Poder Judiciário), foram sancionadas 650 leis, e até a promulgação da Emenda Constitucional 32/01 foram editadas 5.299 medidas provisórias (...)." (NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 189).

¹¹ No governo do Presidente José Sarney, (março/88 a março/90, considerando que de março/88 a 5 de outubro/88, não foi editada nenhuma medida provisória, tendo em vista que esse instituto surge com a promulgação da Constituição em outubro/88), a quantidade total de medidas provisórias originárias foi de 125, 22 medidas provisórias foram reeditadas, em contrapartida, foram rejeitadas pelo Congresso apenas 9 medidas provisórias. De um total de 125 medidas provisórias editadas pelo Presidente, 96 foram aprovadas ou convertidas em lei, pelo Congresso Nacional. No governo do Presidente Fernando Collor, (março/90 a outubro/92), a quantidade total de medidas provisórias originárias foi de 89, e a quantidade de medidas provisórias reeditadas foi de 70, em contrapartida, foram rejeitadas pelo Congresso 11 medidas provisórias. De um total de 89 medidas provisórias editadas pelo Presidente, 74 foram aprovadas ou convertidas em lei, pelo Congresso Nacional. No governo em que o Chefe do Poder Executivo era Itamar Franco, (outubro /92 a

Nos últimos três governos (Presidentes Itamar Franco, e, 1º e 2º governos de Fernando Henrique Cardoso), a rejeição pelo Congresso Nacional das medidas provisórias foi quase que irrisória. Porém, a quantidade de medidas provisórias editadas originariamente por estes, continuou elevada. Percebe-se, portanto, notório excesso e abuso na edição do ato normativo, bem como, uma postura comedida do Congresso Nacional em rejeitá-las, e, ainda, uma atitude proativa do Parlamento em aprová-las ou convertê-las em lei.¹²

Adicionalmente, cabe destacar que o artigo 62 reconhece a prerrogativa do Presidente da República em editar medidas provisórias, em caso de relevância e urgência, dessa forma, a Constituição coloca condição ao uso do instituto.

É incontestável o poder discricionário dado ao Presidente da República pela Constituição de 88 para a edição das medidas provisórias, porém, em um Estado Democrático de Direito, é fundamental que seja preservado o interesse público, a lei e a própria Constituição Federal, pois se esses limites forem ultrapassados, ingressar-se-á na esfera do abuso do poder.¹³

O Presidente da República, mesmo que sendo autoridade competente para utilizar desse instituto, ao fazê-lo de forma exagerada, e, principalmente, sem observar os pressupostos de relevância e urgência, exorbita do seu poder de legislar, incidindo, assim, em abuso de poder. O uso do poder dessa forma mostra-se ilícito, atenta contra a democracia e contra o princípio da separação de poderes, pois esse, como demonstrado,

dezembro/94), a quantidade total de medidas provisórias originárias foi de 142, a quantidade de reedição de medidas provisórias foi de 363, em contrapartida, não foi rejeitada nenhuma medida provisória pelo Congresso Nacional e este aprovou ou converteu em lei 71 medidas provisórias. No primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, (janeiro/95 a dezembro/98), a quantidade total de medidas provisórias originárias foi de 160, sendo rejeitada pelo Congresso apenas 1 medida provisória, a quantidade de medidas reeditadas foi de 2.449. De um total de 160 medidas provisórias editadas pelo Presidente, 130 foram aprovadas ou convertidas em lei, pelo Congresso Nacional. No segundo governo do Presidente FHC, (janeiro/99 a setembro/01), a quantidade total de medidas provisórias originárias foi de 103, em contrapartida, foi rejeitada apenas 1 medida provisória, pelo Congresso Nacional e, este, aprovou ou converteu em lei 98 medidas provisórias. FONTE: Casa Civil da Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Secretaria Geral da Presidência da República. Secretaria de Assuntos Parlamentares. Dados extraídos do site <https://www.presidencia.gov.br/casacivil/site/static/le.htm> em 06/06/2005.

¹² Cléve afirma que “Não se desconhece que a questão do abuso é delicada, envolvendo (...) dimensões, como a governabilidade, a fragmentação da representação política, a inexistência de coesão partidária, (...), maioria que prefere, muitas vezes, não votar a medida provisória, autorizando a reedição, para não assumir eventual ônus político decorrente de normativa impopular. Porém, tudo isso não é suficiente para dotar o Presidente (...) de poder para legislar sobre toda e qualquer matéria, inclusive lançando mão da reedição sucessiva, através de medidas emergenciais que guardam, inevitavelmente, reitere-se, uma natureza excepcional.” (1999, p. 136).

¹³ Nessa linha, Eduardo Martins de Lima ressalta que “Pela Constituição, a Medida Provisória só pode ser adotada como já se disse, em casos de relevância e urgência, mas na prática, o Executivo tem feito uso indiscriminado desse dispositivo em assuntos do dia-a-dia do governo e da administração do Estado.” (2004, p.88).

preceitua o dever-poder de fiscalização de um poder pelo outro, bem como institui limitação recíproca dos poderes e a harmonia entre os mesmos.

A utilização do instituto das medidas provisórias de forma indiscriminada e sem observância dos requisitos de relevância e urgência, deu origem ao Projeto de Emenda Constitucional 472/97 (Senado Federal), que por sua vez, criou a Emenda Constitucional 32, promulgada em 11 de setembro de 2001, cujo texto alterou vários dispositivos da Constituição de 1988, diretamente relacionados às medidas provisórias e ao processo legislativo, com o intuito de conter o uso indiscriminado do instituto.

A nova redação, dada aos artigos 62 e 246 da Constituição de 1988, estabeleceu um novo quadro normativo para a edição, tramitação, validação e amplitude do instituto das medidas provisórias, consoante se demonstrará.¹⁴

Diante da nova redação dada pela Emenda Constitucional 32/01, é relevante observar que o prazo constitucional de vigência, de 30, passou para 60 dias. Antes da Emenda, quando publicada uma medida provisória, o Congresso Nacional deveria ser convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias, o mesmo não ocorre com a redação do texto editado pós-emenda, pois nesse caso, o prazo contado a partir da edição da medida provisória, ficará suspenso durante os períodos de recesso parlamentar.

Anteriormente a Emenda Constitucional 32/01, a Constituição determinava que a votação das medidas provisórias fosse feita em sessão conjunta do Congresso Nacional. A partir da referida Emenda, a votação passou a ser feita em sessões separadas pelo plenário da Câmara primeiro e, posteriormente, pelo plenário do Senado.¹⁵ Em sendo a medida provisória aprovada, caberá ao Presidente do Senado promulgá-la.

É mister observar que a medida provisória deverá ser apreciada em até quarenta e cinco dias, contados de sua publicação, sob pena de entrar em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional. Logo, as

¹⁴ O artigo 62 da Constituição pós-emenda dispõe que: Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001), (...).

¹⁵ A este respeito Eduardo Martins de Lima lembra que “A MP ao dar entrada no Congresso Nacional, será examinada por Comissão Mista de Deputados e senadores que apresentarão parecer por sua aprovação ou não. Após análise da Comissão Mista será enviada à Câmara dos Deputados para análise de admissibilidade (relevância e urgência) e, na seqüência, a análise de mérito.” (2004, p. 89).

¹⁴ Como destacado por Alexandre de Moraes: “O regime de urgência constitucional poderá excepcionalmente, estender-se por 75 dias, pois, não sendo suficiente os 15 dias restantes de vigência da medida provisória, haverá possibilidade de uma única reedição por novo prazo de 60 dias, que já se inicia sob o regime [de] urgência, para que a medida provisória tenha sua votação encerrada.” (2002, p.552).

duas Casas, separadamente, terão 15 dias para apreciarem a medida provisória, em seu inteiro teor.¹⁶

Observe-se que, o parágrafo sétimo do artigo 62, impõe limite à edição de medidas provisórias, pois descreve que será prorrogada uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. Também se faz oportuno ressaltar que a Emenda Constitucional 32/01 vedou a edição de medidas provisórias referentes a determinadas matérias (vide art.62, § 1º, inc. I, II, III e IV).

Adicionalmente, a nova redação dada pela Emenda Constitucional 32/01, ao artigo 246 proíbe, de forma clara, a adoção de medida provisória, na regulamentação de artigo constitucional, cuja redação tenha sido modificada por emenda entre o dia primeiro de janeiro de 1995 até o dia 11 de setembro de 2001, data da referida Emenda.

Pelo exposto, percebe-se que a Emenda Constitucional 32/01, teve como intuito fixar parâmetros e limites para tal instituto, consoante se constata do teor do artigo 62 e seus respectivos parágrafos.

Porém, apesar do novo regime constitucional das medidas provisórias, pós-emenda, ser responsável pela sensível diminuição na utilização desse instituto, observa-se, especificamente, nos governos do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso e do atual Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que foi utilizado, e ainda, utiliza-se o instituto das medidas provisórias, de forma excessiva.¹⁷ Tal fato nos leva a crer que as medidas

¹⁶

¹⁷ Antes da Emenda Constitucional 32/01, que foi criada durante o segundo governo de Fernando Henrique Cardoso, em setembro/01, já tinham sido editadas entre janeiro/99 (início do seu segundo governo), e setembro/01 (mês em que foi criada a referida Emenda), 103 medidas provisórias. Ou seja, foram editadas em 32 meses, 103 medidas provisórias e foram reeditadas 2.587 medidas provisórias. Entretanto, no mesmo governo, após a edição da Emenda 32/01, de setembro/01 a dezembro/02 (final do segundo governo de FHC), período de 15 meses, foram editadas 102 medidas provisórias. Percebe-se, então, que o Presidente Fernando Henrique editou 103 medidas provisórias em 32 meses, antes da Emenda 32/01. Após a Emenda, ele editou 102 medidas provisórias em 15 meses, o que acarreta um contra-senso, pois, a edição da Emenda 32/01, que tinha como intuito frear o uso indiscriminado das medidas provisórias pelos respectivos Presidentes, não atingiu o seu objetivo, que era o de conter os números das medidas editadas pelos chefes do Poder Executivo. Em relação ao mesmo governo, observa-se quanto à rejeição do Congresso Nacional das medidas provisórias editadas, que antes da Emenda Constitucional 32/01, criada durante o segundo governo de Fernando Henrique Cardoso, em setembro/01, apenas 1 medida provisória havia sido rejeitada, entre janeiro/99 (início do seu segundo governo), e setembro/01 (mês em que foi criada a Emenda 32), ou seja, apenas 1 medida provisória, das 103 editadas nesse período, foi rejeitada pelo Congresso Nacional em 32 meses, desde o início do governo FHC, até a edição da Emenda 32/01. Em contrapartida, no mesmo governo, após a edição da Emenda 32/01, de setembro/01 a dezembro/02 (final do segundo governo de FHC), período de 15 meses, foram rejeitadas pelo Congresso Nacional 14 medidas provisórias das 102 editadas pelo Presidente. FONTE: Casa Civil da Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Secretaria Geral da Presidência da República. Secretaria de Assuntos Parlamentares. Dados extraídos do site <https://www.presidencia.gov.br/casacivil/site/static/le.htm> em 06/06/2005.

provisórias não estão sendo usadas como medida emergencial, restando, por conseqüência, violados os requisitos de relevância e urgência. A utilização indevida e excessiva desse instituto transforma-se em causa de insegurança jurídica à ordem social, com a conseqüente ofensa ao Estado Democrático de Direito.

Afirma-se, que essa praxe vem ocorrendo pelos sucessivos Presidentes da República e que não se trata de uma crise pessoal ou partidária, e sim, prática usual apta a afetar as relações políticas entre o Poder Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo.

O Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade das Medidas Provisórias e os pressupostos de relevância e urgência como cláusulas abertas.

O controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal pode ser entendido como a verificação de compatibilidade material e formal das leis, ou seja, do conteúdo das mesmas e do processo legislativo a que foram submetidas, com as regras e princípios estampados na Constituição, configurando-se, assim, um limite ao exercício da função legiferante ordinária.¹⁸

Com o advento da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se a ação direta de inconstitucionalidade, e, com a Emenda Constitucional 03/93, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, ambas de competência originária da Corte Suprema.¹⁹

No governo Lula, que teve início em janeiro de 2003, até o presente momento, outubro/05 (34 meses), foram editadas 162 medidas provisórias, e 11 ainda estão em tramitação. De um total de 162 medidas provisórias editadas, somente 7 foram rejeitadas pelo Congresso Nacional, que em contrapartida converteu em lei 136 das medidas provisórias editadas. FONTE: Casa Civil da Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Secretaria Geral da Presidência da República. Secretaria de Assuntos Parlamentares. Dados extraídos do site <https://www.presidencia.gov.br/casacivil/site/static/le.htm> em 27/10/2005.

¹⁸ Canotilho afirma que “(...) o princípio da separação exige, a título principal, a cor respondência entre órgão e função e só exige exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial.” (1998, p. 502).

Nesse sentido, quanto ao controle de constitucionalidade, conferir em MORAES, 2004.

¹⁹ Caberá ao STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário da União, como guardião da Constituição, defender as instituições do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal em seu artigo 102, I, dispõe que: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

O Supremo Tribunal Federal não pode se escusar de examinar os pressupostos constitucionais das medidas provisórias, quais sejam a **relevância** e a **urgência**, ante a determinação do próprio ordenamento constitucional que lhe confere, explicitamente, a condição de guardião da Carta Magna. Desse modo, faz-se necessário o controle jurisdicional das medidas provisórias, a fim de que essas não se tornem um óbice à consolidação do Estado Democrático de Direito.

O Tribunal Constitucional, diante das cláusulas abertas, deve encontrar o equilíbrio entre a normatividade constitucional, que deve ser assegurada por ele, e não a paralisação das mesmas, impedindo a interação entre o fato e a norma.

O problema não reside na legitimidade do controle jurisdicional das cláusulas abertas, mesmo porque, a imunidade a tal controle se tornaria incompatível com os moldes do Estado Democrático de Direito, mas sim, na extensão que o mesmo poderá alcançar.²⁰

O Supremo Tribunal Federal não pode ignorar que vem ocorrendo uma crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, como demonstrado através dos números acima. Essa prática desperta preocupações de ordem jurídica, como por exemplo, a garantia da segurança jurídica à sociedade, pois a utilização excessiva das medidas provisórias ameaça a atribuição dos poderes prevista na Constituição Federal.

Ademais, o Órgão Supremo deve impor a limitação ao uso do poder, estabelecido no “princípio dos freios e contrapesos” (*checks and balances*) e no princípio da separação de poderes, na qual a atual Constituição da República Federativa do Brasil está alicerçada. Nesse contexto, caberá ao Supremo, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade, ou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, declarar eventuais ofensas ao texto constitucional.

Como já exposto anteriormente, o Presidente da República, através de um critério político, discricionário e subjetivo, há de se ater aos pressupostos de relevância e urgência, para editar uma medida provisória.

²⁰ Nesse sentido, Rodrigues observa que “(...) o tribunal, sem se eximir do seu mister de guardião da Lei Maior do Estado, haverá de buscar as margens da extensão da abertura constitucional, a chamada zona de certeza, além da qual não é permitida a livre conformação. A Corte não deverá adentrar na zona de penumbra, sob o risco de anular uma escolha legitimamente efetivada pelos atores políticos.” (2001, p. 82).

Depois de editada pelo Chefe do Poder Executivo, é feito o controle pelo Congresso Nacional das medidas provisórias, circunstância tal, que não afasta a apreciação pelo Poder Judiciário de eventuais vícios, tanto formais, quanto materiais, na edição de uma medida provisória.

Adicionalmente, a existência de discricionariedade por parte do Presidente da República em editar medidas provisórias, não pode ser justificativa hábil a impedir a realização do controle pelo Poder Judiciário, prerrogativa garantida pelo princípio da inafastabilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito.²¹

Ressalte-se que o Poder Judiciário, quando verifica se os pressupostos de uma dada competência estão presentes ou não, de forma alguma invade discricionariedade administrativa, pois compete a ele a guarda da Constituição.²²

Ademais, se os preceitos “relevância e urgência” das medidas provisórias fossem conceitos e noções somente aferíveis pelo Presidente da República, em seu juízo de discricionariedade, não seria necessária a inclusão de tais adjetivos, e nem o delineamento de tal instituto no corpo da Constituição, pois, bastaria que o Presidente da República decidisse o âmbito e limitação das medidas provisórias.²³

Na vigência da atual Constituição Federal, a pedido do então Presidente da República José Sarney, em parecer feito pelo Consultor-Geral da República Saulo Ramos, em junho de 1989, fixou-se o entendimento de não caber ao Poder Judiciário avaliar os pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias.²⁴

²¹ Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. (ADPF-MC 45, informativo 345, STF, Rel. Min. Celso Mello, julg. 04.05.04).

□ Nesse contexto, Cléve afirma que “A circunstância de o Congresso Nacional ter convertido a medida provisória em lei (embora sem a presença dos pressupostos habilitantes, embora tratando de matéria insuscetível de disciplina provisória, embora dispondo sobre este ou aquele tema de modo contrário à Constituição) não repele o exercício do controle jurisdicional (...)” (1999, p. 147).

²² Quanto à discricionariedade, Celso Antônio Bandeira de Mello relata que “Na regra de direito ela está prevista como uma *possibilidade-não como uma certeza*. A “admissão” de discricionariedade no plano da norma é condição necessária, mas não suficiente para que ocorra in concreto. (...) isto não é “mérito” do ato administrativo (...) mesmo que a norma diga que um agente administrativo pode fazer ou pode adotar o ato A ou B, este ato deve ser confrontado com as circunstâncias fáticas existentes para que o Poder Judiciário (...) verifique se ele guarda com elas a correção lógica necessária e se tem, pois, idoneidade para alcançar a finalidade. O resultado desse confronto pode levar, inclusive, à total disparição de discricionariedade, que *embora existente ao nível da norma deixa se suste-se ante as peculiaridades de alguma situação em concreto*.” (1992, p. 37-38).

²³ No contexto do texto Constitucional estabelecer como pré-requisito à edição das medidas provisórias pelo Chefe do Poder Executivo, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “Se a Carta Magna tolerasse edição de medidas de emergência fora destas hipóteses não haveria condicionado sua expedição à pré-ocorrência destes supostos normativos.” (1999, p. 31).

O STF argumentava, sob a vigência das Constituições anteriores, que, a apreciação dos pressupostos de edição dos decretos-lei (urgência e interesse público relevante), envolveria uma “questão meramente política”, não podendo esses requisitos ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

Todavia, essa linha esboçada pelo Supremo Tribunal Federal, teve na Ação Direta de Inconstitucionalidade 162-1, que tratou sobre prisão temporária, julgada em 14 de dezembro de 1989, tendo como Relator o Ministro Moreira Alves, um marco histórico da evolução desta jurisprudência.

A partir deste *leading case* (ADIn 162-1), o STF fez a opção de somente admitir o controle de tais pressupostos nas hipóteses de excesso de poder de legislar, frente a abuso do juízo discricionário de valor e de oportunidade do Presidente da República²⁵, consignando, pela primeira vez, a doutrina do abuso do poder.²⁶

O entendimento que acabou prevalecendo foi no sentido de que os pressupostos de relevância e urgência têm caráter político e são de apreciação discricionária do Presidente, somente cabendo sua análise pelo Poder Judiciário em excepcionais situações de abuso de poder. Fica clara, a nova postura adotada pelo STF, em relação à averiguação dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência à expedição de medidas provisórias, dizendo se tais requisitos estão presentes ou não.

Constata-se, mesmo que de forma fragmentada por alguns Ministros, que o Órgão de cúpula do Poder Judiciário vem dando sinais de que está mudando a sua concepção acerca do controle judicial dos pressupostos de relevância e urgência na edição de medidas provisórias.²⁷

²⁴ Em parecer feito pelo Consultor-Geral da República Saulo Ramos, em junho de 1989, deixou claro que não caberia ao Poder Judiciário avaliar os pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias: “(...) os pressupostos constitucionais de relevância da matéria e urgência na sua positivação, submetem-se ao juízo político e a avaliação discricionária do Presidente da República, sendo, por isso mesmo, completamente infensos à apreciação judicial.”

²⁵ “(...) parece lícito concluirmos que, em razão do modo como se altera a realidade social, a escolha do caso ou do momento em que se deva atribuir novo significado a determinado texto de lei encerra, a rigor, uma decisão *discricionária* dos aplicadores do direito. (ADIn 162-1). Nessa perspectiva, pode-se dizer que os chamados *leading cases* são instantes de viragem hermenêutica que, em certa medida, poderiam ser antecipados ou diferidos (...)” (COELHO, Inocêncio Mártires, 2005, p. 171).

²⁶ Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto (...). Essa orientação, no entanto, tem que ser adotada em termos, pois, levada às últimas conseqüências, admitiria o excesso ou abuso do poder de legislar mediante medidas provisórias, que a Constituição expressamente só admite em “ em caso de relevância ou urgência (ADIn 162-1, julg. 14.12.89).

²⁷ Trecho do voto do Min. Celso Mello, na ADIn 2213, julg. 04.04.02: “Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se,

O Supremo Tribunal Federal, como já referido anteriormente, não pode ignorar a crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, despertando preocupações de ordem jurídica, pois a utilização em excesso do instituto das medidas provisórias ameaça o cumprimento do que está estabelecido na Constituição da República.

A harmonização entre os poderes estabelecida na Constituição é efetivada, quando um poder freia o abuso de outro poder. Nesse contexto, faz-se necessário o STF abandonar a tradicional doutrina das questões políticas, exercendo um controle eficaz do Executivo, quanto ao tema dos pressupostos das medidas provisórias, entretanto, existe ainda um longo caminho a ser percorrido pelo Supremo Tribunal Federal.

Entendimento jurisprudencial da Corte em relação às Medidas Provisórias quanto à apreciação dos pressupostos de relevância e urgência

O STF modernizou a sua jurisprudência quanto à apreciação da relevância e urgência de medida provisória, porém, ainda assume uma linha auto-restritiva no que diz respeito ao seu pronunciamento quanto a esses pressupostos.

Analisando-se as ADIns referentes aos requisitos da relevância e urgência das medidas provisórias, constatou-se que o Supremo Tribunal, por um lado reconhece que tais pressupostos não são imunes à apreciação judicial, e por outro, tem limitado em muito, as hipóteses em que esse controle pode ser exercido.

Alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, a citar como exemplo o Ministro Celso Mello²⁸, vem traçando uma linha coerente de pensamento no que diz respeito à apreciação dos pressupostos de relevância e urgência, filiando-se à doutrina do abuso do poder, enquanto que outros, como, por exemplo, o Ministro Nelson Jobim, na

inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura organizacional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República.”

²⁸Análise das ADIns em que o Ministro Celso Mello proferiu seu voto, que tiveram como dispositivo constitucional confrontado o artigo 62, precisamente, no que diz respeito aos pressupostos de relevância e urgência, desde a promulgação da Constituição de 1988 até dezembro de 2002: ADIn 162-1, julg. 14.12.89, ADIn 358-5, julg. 05.09.90, ADIn 4352/600, julg. 27.02.91, ADIns 525-1 e 526-0/600, julg. 12.06.91 e 12.12.91, ADIn 1417-0, julg. 07.03.96, ADIn 1647-4, julg. 13.08.97, ADIn 1675-1, julg. 24.09.97, ADIn 1687-0, julg. 26.11.97, ADIn 1718-2, julg. 15.12.97, ADIn 1700-6, julg. 19.12.99, ADIn 1753-2, julg. 17.09.98, ADIn 2010-1, julg. 30.09.99, ADIn 1922-9 e 1976-7, julg. 06.10.99, ADIn 2081-1, julg. 21.10.99, ADIn 1910-1, julg. 22.04.99 e 21.06.01, ADIn 2150-8 (MC), julg. 23.03.00, ADIn 2150-8, julg. 23.03.00 ADIn 2348-9, julg. 07.12.00, ADIn 2213-0, julg. 04.04.02.

maioria das vezes, ao se pronunciar em seus votos, mantém uma linha auto-restritiva quando se trata dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, alegando ser questão política infensa de ser apreciada pelo Supremo.²⁹

O Supremo Tribunal Federal é um órgão que teve uma trajetória instável devido ao fato de já ter passado por momentos distintos e não lineares, desde a sua criação, em 1890.³⁰ A razão do STF ter sido um órgão inconstante e muitas vezes político contribuiu para o nascimento da doutrina das questões políticas, e, esses fatores, seriam significativos para justificar a sua falta de parâmetro jurisprudencial, no que diz respeito especificamente à análise dos pressupostos de relevância e urgência do instituto das medidas provisórias.

Possibilidade de aprimoramento do entendimento jurisprudencial das Medidas Provisórias quanto à apreciação dos pressupostos de relevância e urgência

A cada juiz cabe julgar um determinado caso aplicando a uma solução concreta, ou seja, ajustando o caso a uma norma geral e abstrata, utilizando-se do princípio da proporcionalidade,³¹ adequabilidade, e, usando de sua qualidade especial de julgador

²⁹Análise das ADIns em que o Ministro Nelson Jobim proferiu voto, que tiveram como dispositivo constitucional confrontado o artigo 62, precisamente, no que diz respeito aos pressupostos de relevância e urgência, desde a promulgação da Constituição de 1988 até dezembro de 2002: ADIn 1441, julg. 18.10.96, ADIn 1647-4, julg. 13.08.97, ADIn 1629-6, julg. 10.09.97, ADIn 1675-1, julg. 24.09.97 ADIn 1533-8, julg. 07.11.97, ADIn 1754, julg. 13.11.97, ADIn 1597-4, julg. 14.11.97 ADIn 1687-0 julg. 26.11.97, ADIn 1718-2, julg. 15.12.97, ADIn 1664-0, julg. 19.12.97, ADIn 1700-6, julg. 19.12.97, ADIn 1726-5, julg. 16.09.98, ADIn 1753-2, julg. 17.09.98, ADIn 1647-4, julg. 02.12.98, ADIn 2010-2, julg. 30.09.99, ADIns 1922-9 e 1976-7, julg. 06.10.99, ADIn 2081-1, julg. 21.10.99, ADIn 2083-8, julg. 03.08.00, ADIn 2348-9, julg. 07.12.00, ADIn 2150-8 (MC), julg. 23.03.00, ADIn 2468-0, julg. 29.06.01, ADIn 2213-0, julg. 04.04.02 e a ADIn 2150-8, julg. 29.11.02.

³⁰ A respeito do tema, conferir em: COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001.

³¹ “(...) o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, ed. de 1989, cit., pp. 585- 586; *Derecho Justo*, cit., pp. 144-145. In: COELHO, Inocêncio. 2005, p. 232).

Nesse particular, vale destacar: a matéria foi percucientemente esclarecida no âmbito da ADIn 1407, julg. 24 11.00, nos termos do excerto abaixo transcrito:

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções (...).”

(Hércules de Dworkin),³² a sua sensibilidade, sua habilidade e organização, podendo dessa forma, julgar melhor dentro de uma realidade social que está em constante movimento e em processo de mudança.³³

Faz-se necessário ainda, que o julgamento seja o mais coerente possível, não só, de acordo com a intenção do legislador (doutrina subjetivista), mas também, de acordo com a vontade da lei, como sede do sentido da norma (doutrina objetivista), sempre dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito.³⁴

O problema a ser enfrentado então, não se refere apenas ao momento de elaboração da norma, ou da sua aplicação, e sim, o da generalidade positivada nas mesmas, em contraponto com os casos concretos, cada qual na sua individualidade.³⁵

³² O juiz Hércules de Dworkin seria aquele ator que tem sensibilidade e a utiliza ao julgar um determinado caso em concreto. Canotilho dissertando a respeito do tema, utiliza-se dos ensinamentos de Dworkin: “Mais uma vez, podemos afirmar com Dworkin que “o direito não se inventa”, mas a “criação” do direito para o julgamento de casos difíceis exige uma hermenêutica específica assente numa ponderação ou balança de princípios, dificilmente reconduzível a soluções subsuntivas ou induções de precedentes judiciais disfarçados. Além disso, é preciso *sagesse e bom sens.*” (2000, p. 89).

³³ Sílvio Dobrowolski. afirma que “O Poder Judiciário exerce o papel de guardião dos direitos fundamentais e da própria Constituição, (...). Toca-lhe, por isso, controlar os outros poderes, para mantê-los dentro dos limites traçados pelas normas constitucionais. (...), sua legitimação provém da própria Lei Fundamental, que atribui direitos a todos e a cada um em particular, mesmo contra a maioria. Como é assim, a proteção desse direito exige, (...), a presença de um juiz imparcial e independente, ‘subtraído de qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou ilícitos, os atos praticados no exercício desses Poderes’ (...). (...), o Judiciário, (...), deverá promover o desenvolvimento da Constituição, realizando o diálogo entre suas normas e a realidade social em constante mudança. O texto maior compõe um sistema aberto de valores, princípios e normas, permitindo que a definição do sentido de tais elementos possa ser efetuada em consonância com as idéias e expectativas sociais ocorrentes em determinado momento histórico (...).” (DOBROWOLSKI, Sílvio, In: TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A Doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 200-201).

³⁴ Nesse sentido FERRAZ, JÚNIOR observa que “A doutrina subjetivista insiste em que, sendo a ciência jurídica uma ciência hermenêutica, toda interpretação é basicamente uma compreensão do pensamento do legislador (...) ressaltando-se o papel preponderante do aspecto genérico e das técnicas que lhe são apropriadas. Para a doutrina objetivista, (...), a norma tem um sentido próprio, determinado por fatores objetivos, independente até certo ponto do sentido que quis dar-lhe o legislador (...), ressaltando-se o papel (...) dos aspectos estruturais em que a norma vige e das técnicas apropriadas para a sua captação. Ressalte-se que os objetivistas contestam os subjetivistas afirmando pelo argumento da integração que (...) só a concepção que leve em conta os fatores objetivos na sua contínua mutação explica a complementação e até mesmo a criação do direito pela jurisprudência (...). Os subjetivistas por sua vez contestam os objetivistas dizendo que (...) seguir-se-ia um desgaste para a captação do direito em termos de segurança e de certeza, que estaria a mercê da opinião do intérprete.” (1980, p. 70 -71).

³⁵ Inocêncio Mártires Coelho afirma que “Se é verdade que o problema fundamental para o operador do direito não é a distância *cronológica* entre o momento da elaboração da norma e o da sua aplicação, mas a distância *material* entre a generalidade do seu enunciado e a singularidade dos casos a decidir, então o trabalho do intérprete-aplicador apresenta-se não apenas como uma tarefa de descultamento ou de fixação de significados que, até certo ponto, permanecem escondidos, mas também como um esforço de mediação/superação desse abismo entre a generalidade da lei e a situação jurídica emergente dos casos particulares (...).” (2005, p. 134).

Quanto à interpretação, deve-se partir da premissa de respeitar a norma positivada, vista como dogma, porém, o julgador deve questioná-la do ponto de vista da sua justiça e da realidade em um determinado momento social.

Um direito positivado, como é o do ordenamento jurídico atual, tende-se a estreitar a atuação do intérprete, em nome do valor da certeza e do predomínio da lei, não se munindo o julgador, muitas vezes de forma errônea, de fatores extrapositivos, como os ideais de justiça e de um sentimento equitativo.³⁶

Entendemos, com respaldo no artigo 5º, XXXV, ou seja, pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional esculpido na Constituição Federal de 1988, e, pelo princípio da legalidade positivado na mesma em seu artigo 37, *caput*, que vem a assegurar a restrição quanto à utilização arbitrária de competências das autoridades públicas, que o Poder Judiciário tem o dever de garantir a segurança jurídica e dar efetividade às normas constitucionais, no caso específico, a relevância e a urgência, que limitam a edição de uma medida provisória.

Se o aplicador do Direito for coerente aos princípios do nosso ordenamento jurídico, na visão de Baracho Júnior e segundo Dworkin, haveria uma superação da concepção positivista da interpretação jurídica, instalada na jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal.³⁷

Vale ressaltar que a lógica dialética³⁸, não só ocorre no plano das regras, mas também dos princípios, e que, o intérprete, no caso, os Ministros do Supremo - não somente de forma individual, mas também em uma perspectiva orgânica, de forma coesa, representados pelo corpo organizacional da magistratura, o STF, como Órgão de Cúpula do

³⁶ Propõe José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, respaldado nos ensinamentos de Ronald Dworkin que “(...) ao aplicador do direito cabe se valer da concepção do Direito como integridade, que demanda do aplicador do Direito uma especial coerência quanto aos princípios do ordenamento jurídico quando de sua atuação, isto é, um exercício de interpretação no qual as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.” (2004, p. 10).

³⁷ Nesse contexto, de acordo com Leon Szklarowsky “O texto legal deve ser interpretado inteligentemente, de modo que não conduza ao absurdo, segundo o pensamento sábio de Carlos Maximiliano, ou, na palavra lapidar do Ministro Sálvio de Figueiredo, *a interpretação das leis é obra de raciocínio, mas também de sabedoria e bom senso, não podendo o julgador ater-se exclusivamente aos vocábulos, senão aplicar os princípios que informam as normas positivas.*” (2003, p. 10).

³⁸ A respeito da lógica dialética, Michel Villey relata não ser “façanha de um indivíduo solitário, mas de um concerto a várias vozes, de uma polifonia. Lógica do *Diálogo*. (...) A Dialética é busca do *conhecimento verdadeiro*, ela parte das opiniões do grupo, mas a fim de superá-las; é uma ascensão. Esse caminho nos levaria para longe da filosofia do direito? Ao contrário: para analisar o procedimento judiciário, necessitamos daquela parte da lógica antiga que foi sacrificada pelo individualismo moderno, mas que está ressurgindo.” (2003, p. 265- 266).

Poder Judiciário brasileiro -, devem declinar-se ao primado dos princípios fundamentais, promovendo o equilíbrio entre a forma (formalismo), e a empírica (empirismo).³⁹

Desta forma, o paradigma da separação de poderes deve ser repensado, pois a sua sobrevivência, como princípio, depende da sua adequação às exigências da sociedade, dos formuladores das leis e de seus intérpretes, merecendo, por conseqüência, uma interpretação harmônica, com o moderno Estado Constitucional. Isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo do Poder Executivo, mas também pela atuação do Poder Judiciário, sobretudo nas Cortes Constitucionais, que cada vez mais devem se comprometer com a realização dos direitos fundamentais.

A Constituição atual dispõe de mecanismos que permitem ultrapassar as barreiras impostas pela rígida divisão dos poderes, que hoje não mais comporta a severa intangibilidade dos mesmos. Porém, deve-se utilizar dessa prerrogativa com parcimônia, sendo necessário observar a submissão aos cânones constitucionais, contudo, sem deixar de observar os anseios da sociedade civil e o tão importante princípio da segurança jurídica.

O Supremo Tribunal Federal deve utilizar a jurisdição constitucional, como indispensável mecanismo repressivo e inibidor de inconstitucionalidades, praticadas por meio de medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, para o aprimorar o caráter democrático do Estado de Direito.

Nesse contexto, a Corte deve estar ciente do seu papel social, de coordenadora e reguladora das condições de transformação da sociedade quanto às esferas econômicas, sociais e políticas e a sua fundamental contribuição no sentido de proporcionar segurança jurídica, utilização adequada dos institutos normativos, provocando mudanças conjunturais e estruturais na mesma.

Enfim, o STF deverá proteger e efetivar a Constituição como um todo, a fim de que possamos viver em um Estado realmente de Direito, exercendo a sua autoridade, com o intuito de garantir a harmonização entre os poderes, conferindo assim, a tão buscada efetividade a Constituição Federal.

³⁹ Juarez Freitas afirma que “(...) na lógica jurídica, eminentemente dialética, implica a adoção de hermenêutica que se justifica pelo primado dos princípios, mais do que simplesmente das *rules* em relação à discricionariedade(...), aquele que hierarquiza (determinando, por último, o conteúdo normativo) é o intérprete, nos limites do sistema, indeterminado por definição, inclusive em face da ambigüidade semântica inafastável dos comandos normativos, donde segue a irrazoabilidade da discricção pura, assim como da vinculação pura: toda discricionariedade deve estar vinculada aos princípios fundamentais.” (2005, p.1-2).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *A jurisdição constitucional e as Medidas Provisórias*. Projeto de pesquisa apresentado/ FUMEC. Belo Horizonte. 2004. Mimeografado.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J.J.Gomes. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. In: *Revista de Processo*. Estudos em Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. v. 98. ano 25, abr.-jun, p.83-89, 00.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Editor Max Limonad, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso avançado de Direito Constitucional*. Brasília/DF: IDP-Instituto Brasiliense de Direito Público. 2005. Mimeografado.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje,2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. FGV: Rio de Janeiro, 2001.

FREITAS, Juarez. Existe a única resposta jurídica correta? *Revista Del Rey Jurídica*. Belo Horizonte, v. 15, ano 7, p. 18-19, 2º 2005.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas:1980.

LIMA, Eduardo Martins de. *Sistemas multipartidários e eleitorais brasileiros em perspectiva comparada*. São Paulo/Belo Horizonte: Anna Blume/ FUMEC, 2004.

MELLO, Celso Antônio *Bandeira de*. *Discricionabilidade e controle judicial*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio *Bandeira de*. *Curso de Direito Administrativo*. 15ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

RODRIGUES, Anna Cláudia Manso S.O. *A Medida Provisória no controle abstrato de constitucionalidade*. Brasília: UnB. 2001. Mimeografado.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Material obtido via Internet

Presidência da República. <http://www.planalto.gov.br>.

Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.gov.br>.